



Roj: **SAP VI 1304/2023 - ECLI:ES:APVI:2023:1304**

Id Cendoj: **01059370012023101234**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **1**

Fecha: **15/12/2023**

Nº de Recurso: **646/2023**

Nº de Resolución: **1409/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **IÑIGO MADARIA AZCOITIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA N.º 001409/2023

ILMOS./ILMAS. SRES./SRAS.

Presidenta

D^a. Maria Mercedes Guerrero Romeo

Magistrados

D. Iñigo Madaria Azcoitia

D^a. Ana Jesus Zulueta Alvarez

En Vitoria-Gasteiz, a 15 de diciembre de 2023.

La Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Araba/Álava, constituida por los/as Ilmos/Ilmas. Sres./Sras. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Procedimiento Ordinario 0000558/2022 - 0 del Juzgado de Primera Instancia N^o 3 de Vitoria-Gasteiz, a instancia de DE PLAGARO Y ANGULO SAU, apelante, representado por la procuradora D.^a IRATXE DAMBORENEA AGORRIA y defendido por la letrada D.^a AMAYA BARRENECHEA JUDEZ, contra GRUPO ELECTRIO SCORPIO SA GES y AURTEM ENERGY SL, apelados, representados por la procuradora D.^a BLANCA OLATZ GARCIA RODRIGO, y defendidos por la letrada D.^a MARIA ZABALA LANDA; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia n^o 370/22 dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 13/12/22 y autos de aclaración de fechas 07/02/23 y 31/03/23. Ponente: D. Iñigo Madaria Azcoitia.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia n^o 3 de Vitoria-Gasteiz se dictó sentencia n^o 370/22 cuyo **FALLO** es del tenor literal siguiente:

" Que DESESTIMANDO la demanda interpuesta por DE PLAGARO Y ANGULO S.A.U, debo absolver a GRUPO ELÉCTRICO SCORPIO S.A. y AURTEM ENERGY S.L. de los pedimentos deducidos en su contra.

Sin expresa condena en costas."

En fecha 07/02/23 se dictó auto del tenor literal siguiente:

"Se acuerda NO HA LUGAR la aclaración y corrección solicitada, manteniendo el texto de la Sentencia en sus propios términos."

En fecha 31/03/23 se dictó auto de rectificación cuya parte dispositiva es la siguiente:



"Se acuerda ACLARAR DE OFICIO el Auto de 7 de febrero de 2023, de manera que SE SUPRIME, dentro del Fundamento de Derecho Segundo, desde "En relación a la cuantía del procedimiento" a "tampoco se hará ninguna corrección".

SEGUNDO.- Frente a la anterior sentencia, se interpuso recurso de apelación por la representación de DE PLAGARO Y ANGULO SAU, recurso que se tuvo por interpuesto con fecha 15/05/23, dándose el correspondiente traslado a la contraparte por diez días para alegaciones presentado la representación de GRUPO ELECTRIO SCORPIO SA GES y AURTEM ENERGY SL escritos de oposición al recurso planteado de contrario, y elevándose, seguidamente, los autos a esta Audiencia Provincial con emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala y comparecidas las partes, con fecha 22/06/23 se mandó formar el correspondiente Rollo de apelación, registrándose y turnándose la ponencia al Ilmo.Sr. D. Iñigo Madaria Azcoitia, a quien pasaron los autos a fin de resolver sobre las pruebas aportadas por la parte apelante y apelada con el resultado que es de ver en las actuaciones, y por resolución de fecha 26/07/2023 se señaló para deliberación, votación y fallo el 03/09/23.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- De Plágaro y Angulo, S.A.U., con un 21'37%, y Grupo Eléctrico Scorpio, S.A., con el 78'63%, son en la actualidad los socios únicos de Aurtem Energy, S.L.. Ésta se constituyó con tres socios el 23 de noviembre de 2017 y su único activo es la tenencia de 234.000 participaciones sociales, que representan el 32'50% del capital de Bas Proyect Corporation S.L., constituida en el año 2.013 y dedicada al desarrollo, proyectos industriales e infraestructuras energéticas. Del resto del capital de Bas Proyect Corporation S.L. son titulares Dominion Energy, S.L. (35%) y F&F Inversiones en Proyectos y Energía, S.L. (32'50%).

La actividad social de Aurtem Energy, S.L. se limita a la gestión de esa participación en la sociedad participada, en la cual, como cada socio, dispone del derecho a designar dos miembros en el consejo de administración.

Al margen de los estatutos sociales, en el acuerdo suscrito el 15 de enero de 2.018, los en ese momento socios de Aurtem (Asider, De Plágaro, D. Pablo y GES) establecieron la obligación de adoptar con el voto favorable de socios que representen el 70% del capital, folio 159 vto., determinados acuerdos relacionados con BAS, además acuerdan la entrada de GES mediante ampliación de capital y una opción de compra de participaciones. En la adenda a ese acuerdo, suscrita el 22 de octubre de 2.018, los mismos socios, salvo D. Pablo que había transmitido sus participaciones a GES, folio 177, elevan al 100% la mayoría cualificada para las mismas decisiones. Las decisiones y acuerdos objeto de esa mayoría, unanimidad, relacionadas con Bas Proyect Corporation S.L., son las siguientes:

- el cese y nombramiento de Administradores de la Sociedad (BAS)
- la alteración del sistema de administración de la Sociedad.
- la fijación de la retribución que, en su caso, se establezca para los Administradores de la Sociedad.
- la adopción de cualquiera de los acuerdos enumerados en la cláusula 4.2.1 anterior, referido a las reuniones mínimas y a las materias a tratar relacionadas con BAS. Resumidamente se trata de adoptar una posición general conjunta en materias relacionadas con la adopción de acuerdos en la sociedad participada que como socio corresponde a Aurtem: ejercicio del derecho de voto en la Junta General y en el derecho de voto conjunto en relación con los consejeros, instrucciones al órgano de administración y/o a los consejeros de la sociedad en relación asuntos comprendidos en los apartados anteriores. En definitiva el acuerdo establece la necesidad de ejercer esos derechos en la sociedad participada con una postura conjunta, con la referida unanimidad en las decisiones al respecto adoptadas en el seno de Aurtem Energy, S.L..

De Plágaro y Angulo, S.A.U. (Plágaro) en la **demand inicial del proceso**, dirigida frente a Grupo Eléctrico Scorpio, S.A. (GES) y Aurtem Energy, S.L. (Aurtem) interesa la declaración de que las demandadas han incumplido el acuerdo de socios suscrito el 15 de enero de 2.018 y su adenda de 22 de octubre de 2.018, en lo que respecta a las decisiones adoptadas en las juntas generales de Aurtem celebradas el 9 de noviembre de 2.021 y 1 de marzo de 2.022, así como las decisiones de Aurtem de iniciar actuaciones judiciales frente a Bas Proyect Corporation S.L (BAS) y frente al presidente y vicesecretario de su consejo de administración. Asimismo, interesa la declaración de que todos los acuerdos y/o decisiones adoptadas por Aurtem en contravención de lo previsto en el acuerdo de socios son nulas, anulables, inválidas y/o ineficaces, debiendo quedar sin vigencia y validez alguna. Finalmente solicita la condena a estar y pasar por lo anterior; a cumplir siempre y en todo caso el acuerdo de socios y adenda; y, a realizar cuanto fuera necesario para dejar sin efecto



ni validez las actuaciones realizadas contraviniendo lo pactado. Todo ello, con la correspondiente condena en costas.

Las **demandadas contestaron** y se opusieron a la demanda. Consideran que un pacto social no puede contravenir normas imperativas, cual es la impuesta en el art. 200 LSC, sobre mayorías reforzadas, conforme al cual: "1. Para todos o algunos asuntos determinados, los estatutos podrán exigir un porcentaje de votos favorables superior al establecido por la ley, sin llegar a la unanimidad."

Por ello entiende que el pacto que establece la necesidad de un 100%, unanimidad, es nulo a tenor de los dispuesto en los arts. 6.3 y 1275 del Código Civil.

La **sentencia de primera instancia** desestima la demanda. Señala la Juzgadora que las cuestiones suscitadas en el juicio se contraen a resolver, de una parte, si el acuerdo parasocial es nulo por contravenir normas imperativas, y de otro, si el acuerdo parasocial es suficiente para la impugnación del acuerdo adoptado por la sociedad en la junta de 9 de noviembre de 2021 y 21 de enero de 2022.

Sobre la primera cuestión, concluye que la prohibición de unanimidad contenida en la LSC no afecta a los pactos parasociales, y por ello, el pacto de unanimidad no es contrario a normas imperativas, ni vulnera el artículo 1255 del Código Civil. En relación con la posibilidad de que el pacto parasocial pueda ser fundamento o motivo de impugnación de los acuerdos sociales, considera que para que prospere una acción de impugnación de un acuerdo societario por ser contrario a un pacto parasocial, es necesario también que el acuerdo en sí mismo sea contrario a la ley, a los estatutos, o que lesione, en beneficio de uno o varios socios o de terceros, los intereses de la sociedad. Circunstancias que a su juicio no concurre en los supuestos de autos.

La demandante interpuso **recurso de apelación**. Alega que la sentencia incurre en graves infracciones al omitir pronunciarse sobre todos los pedimentos del suplico de la demanda y resolver una cuestión no solicitada. La sentencia afirma la validez del pacto, pero no lo traslada al fallo, donde tampoco se pronuncia sobre si ha existido incumplimiento, y analiza una impugnación de acuerdos sociales sobre los requisitos del art. 204 LSC que no ha sido ejercitada.

Como motivos del recurso expone los siguientes:

-En el primero hace mención y destaca los hechos básicos de la demanda, que considera no son controvertidos, y concluye que la cuestión de autos es estrictamente jurídica.

-En el segundo se alega la infracción de los arts. 216, 218 y 408.3 LEC, en relación con el pronunciamiento relativo a la validez del acuerdo de socios, que la sentencia considera válido, pero no lo expresa en el fallo, ni trasciende con la estimación de la demanda, pues las demandadas nunca han negado que lo hubieran incumplido, solo opusieron su nulidad por contravenir el art. 200 LSC.

-Infracción de los arts. 216 y 218 LEC en relación con incumplimiento del acuerdo de socios. En la sentencia no se analiza esta cuestión que constituye la principal pretensión de la demanda. Incongruencia.

-Infracción de los arts. 216 y 218 LEC en relación con el pronunciamiento relativo a la impugnación de acuerdos sociales. En la audiencia previa se hizo expresa mención a que no se estaba ejercitando una acción de impugnación de acuerdos sociales de Aurtem. La sentencia no es congruente en este aspecto.

-Infracción del art. 86 bis LOPJ, en relación con la impugnación de acuerdos sociales, que sería competencia de los Juzgados de lo Mercantil.

Las demandadas presentaron escrito de **oposición al recurso**. Considera que la sentencia resuelve todos y cada uno de los pedimentos de la demanda, cuya desestimación total constituye el suplico de la oposición. Apunta que no solicitó la declaración de nulidad del acuerdo de socios, pese a esgrimir ese motivo a lo largo del escrito, por ello considera que no existe incongruencia. Añade que, en contra de lo afirmado en el recurso, la validez del acuerdo de socios no es el único argumento de oposición a la demanda, pues asimismo opone la existencia de conflicto de intereses del socio DPA- Carlos Jesús y que nunca se han mostrado las demandadas conformes con el incumplimiento de acuerdo, como afirma la recurrente. Reitera los argumentos sobre ambos motivos de oposición a la demanda. Sobre la validez del acuerdo de socios hace mención a que no puede deducirse del hecho de que no existe jurisprudencia que declare su nulidad; hace mención a la inexistencia de soluciones alternativas al posible bloqueo consecuente con la exigencia de unanimidad; y, pone en duda la validez del acuerdo sobre convocatoria de junta para dar instrucciones a los administradores o consejeros en la participada. Finalmente niega la aplicación de la doctrina de los actos propios. Sobre el conflicto de intereses relata las complejas relaciones interpersonales y societarias entorno a BES, básicamente del Sr. Carlos Jesús en Dominion Energy y en Bas; menciona los aspectos del acuerdo de socios que se refieren a la buena fe e interés común, y hace mención al acuerdo adoptado en BAS sobre un préstamo participativo convertible



que a su juicio favorece a Dominion Energy. Acuerdo impugnado en interés de Aurtem, pues afirma que su participación en BAS se ve sustancialmente reducida a un 0'6% del capital social.

SEGUNDO.- Los hechos básicos que permiten analizar el objeto del presente proceso se relatan en el hecho primero del escrito del recurso, que damos por reproducidos en cuanto no son controvertidos, sin perjuicio de lo expuesto en el precedente fundamento primero y de lo que más adelante se razona.

Sustancialmente las cuestiones suscitadas entre las partes en sus respectivos escritos de alegaciones son de naturaleza jurídica y principian con la necesidad de delimitar cuál o cuáles son las acciones ejercitadas con la demanda y concretar su contenido y naturaleza jurídica.

No puede obviarse la reiterada manifestación de la propia demandante cuando afirma, y reproduce expresamente ahora en el recurso, que en ningún momento ha ejercitado una acción de impugnación de los acuerdos sociales de Aurtem, como asimismo puso de relieve en la audiencia previa, cuando señaló que ejercitaba una acción por el incumplimiento del contrato y, por ello, no era de aplicación ninguna norma de la Ley de Sociedades de Capital en relación con la impugnación de acuerdos. Es decir, excluye expresamente las acciones fundadas en los motivos que establece el art. 204 LSC para la impugnación de acuerdos y reconduce la acción principal de la demanda al art. 1124 del Código Civil, en relación con el incumplimiento del contrato donde se estableció la necesidad de una voluntad unánime en orden a la adopción de acuerdos que sustancialmente afecten a las decisiones sobre la gestión de Aurtem en el seno de la administración y junta de accionistas de la sociedad participada BAS.

La anterior precisión no es vana, pues, de una parte, eludimos cualquier cuestión relacionada con la competencia regulada en el art. 86 bis.1, en relación con el art. 85, ambos LOPJ, en favor de los juzgados de lo mercantil. Excluidas esas acciones de impugnación de acuerdos sociales no surge ninguna duda de la competencia de la jurisdicción civil general ordinaria, no de la mercantil, para enjuiciar las cuestiones de autos en torno a la validez e incumplimiento y, en su caso, efectos de un contrato o pacto parasocial.

Y, de otra, podemos delimitar sin mayor complejidad el objeto del proceso.

La impugnación de acuerdos no es tal en el sentido regulado en la LSC, sino que la demandante considera que son directamente ineficaces como consecuencia o efecto directo del incumplimiento del contrato o acuerdo parasocial.

Con ello debemos profundizar en el fundamento jurídico de la demanda que se contrae sustancialmente a la eficacia del acuerdo parasocial y a su validez, cuestionada por las demandadas. La demandante considera que es conforme y ajustado al art. 1255 del Código Civil y su incumplimiento por las demandadas lo reconduce con el ejercicio de la acción del art. 1124 del Código Civil, y se concreta en la exigencia del cumplimiento de la obligación, con las demás pretensiones incorporadas en el suplico de la demanda, incluida la ineficacia de los acuerdos adoptados sin observar la unanimidad pactada.

Sentado el contenido y concreción de las acciones ejercitadas con la demanda, es oportuno analizar la contestación, para así establecer cuál es objeto íntegro del proceso.

Si bien las demandadas no ejercitan una acción reconvenzional, sí oponen la nulidad del título en el que la demandante funda su derecho, que es el contrato y su adenda (propia y enmienda o modificación). Título en virtud del cual, a juicio de la demandante, los acuerdos concernidos se debieron adoptar con la unanimidad de ambos socios.

De lo anterior, la cita del art. 408 LEC se hace ineludible. En cuanto interesa, establece lo siguiente:

...

2. Si el demandado adujere en su defensa hechos determinantes de la nulidad absoluta del negocio en que se funda la pretensión o pretensiones del actor y en la demanda se hubiere dado por supuesta la validez del negocio, el actor podrá pedir al Letrado de la Administración de Justicia contestar a la referida alegación de nulidad en el mismo plazo establecido para la contestación a la reconvección, y así lo dispondrá el Letrado de la Administración de Justicia mediante decreto.

3. La sentencia que en definitiva se dicte habrá de resolver sobre los puntos a que se refieren los apartados anteriores de este artículo y los pronunciamientos que la sentencia contenga sobre dichos puntos tendrán fuerza de cosa juzgada.

La S.TS nº 249/2009, de 15 de abril, señala que "la regulación legal, que se recoge en el artículo 408.3 LEC, no expresa si debe en el fallo simplemente apreciarse la nulidad, o efectuarse la declaración de la misma, pero, dado el carácter declarativo de la nulidad radical, resulta adecuado un pronunciamiento en tal sentido, además de quedar equiparados en tal aspecto la reconvección y la denominada excepción reconvenzional".



Doctrina que asimismo asume y ratifica la S.TS. 223/2021, de 22 de abril, que profundiza sobre esa cuestión y hace una expresa extensión del efecto de cosa juzgada y a su eficacia material en relación con las excepciones de fondo opuestas por la demandada en la contestación, distintas de las llamadas excepciones reconventionales, en las que esa eficacia está expresamente prevista en la ley, art. 408.3 LEC.

La S.TS. hace mención a que la cuestión del incumplimiento contractual, aducido en la contestación como excepción no como reconvencción, no puede justificar que años más tarde de que fuera resuelto el primer pleito, quien entonces había sido demandado pueda reproducir esta pretensión de incumplimiento. "Lo verdaderamente relevante es que la cuestión del incumplimiento contractual ... ya fue juzgada, sin que pueda volver a serlo con riesgo de provocar lo que, por seguridad jurídica, pretende evitar la cosa juzgada material: que lo que ha sido resuelto por una resolución judicial firme, pueda ser removido por otra resolución judicial posterior".

De esa Jurisprudencia puede deducirse que en el supuesto de autos, cumplido el trámite de contestación a la alegación formulada por vía de excepción que cuestiona la validez del negocio en el que se funda la demanda, es indudable la necesidad de considerar tal alegación como una pretensión que requiere de la correspondiente valoración y de un pronunciamiento expreso, bien lo sea para rechazar la nulidad o para reconocerla, y declararlo así expresamente en la parte dispositiva, como contenido claro y contundente del efecto y fuerza de cosa juzgada que representa entre las partes.

TERCERO.- Los pactos parasociales son convenios entre socios para regular relaciones societarias no incluidas en los estatutos o completar las relaciones internas que rigen la sociedad. Se trata de unas relaciones contractuales con fuerza de ley entre las partes que los suscriben, art. 1091 del Código Civil. Por tanto, rige en su regulación el principio de autonomía de la voluntad, recogido en el art. 1255 del Código Civil, que permite a las partes "establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni el orden público.

La Ley de Sociedades de Capital en su art. 28 reconoce su validez cuando establece, en el ámbito de la autonomía de la voluntad, la posibilidad de incluir en los estatutos o en la escritura los pactos y condiciones que los socios juzguen convenientes, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo de sociedad elegido.

En el art. 29 LSC, de forma más explícita, hace mención a los pactos que se mantengan reservados entre los socios, que no serán oponibles a la sociedad. Lo cual permite deducir que son admisibles y que si los pactos están asimismo firmados y aceptados por la sociedad sí serían oponibles.

Asimismo, como posibilidad legal de establecer pactos parasociales, los arts. 530 y ss. LSC regulan la necesaria publicidad de éstos pactos en sociedad cotizada, en cuanto afecten a la regulación del derecho de voto o restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones.

La naturaleza y contenido de los pactos parasociales es amplia y variada, hasta el punto que cada caso representa un supuesto distinto. En el caso de autos, el acuerdo referido a la concurrencia de una mayoría cualificada o quorum reforzado, en definitiva la unanimidad, para la aprobación prácticamente de todos aquellos acuerdos relacionados con la sociedad participada, puede calificarse como un acuerdo de organización, a diferencia de otros pactos de atribución de derechos o ventajas incluidos en el mismo contrato y de otros pactos que se denominan de relación, que en principio vincula también a la sociedad firmante con su propia personalidad jurídica en la suscripción de los acuerdos. Por tanto, sus efectos se rigen asimismo por el principio de la relatividad de la eficacia de los contratos, reducida a los obligados.

La validez del pacto deberá analizarse desde su naturaleza contractual, con la debida concurrencia del consentimiento, objeto y causa lícita, art. 1261 del Código Civil, debiendo observar los mencionados límites a la autonomía de la voluntad.

La infracción del art. 200 LSC y del art. 1275 del Código Civil, son los motivos que fundan la opuesta ilicitud del pacto de mayorías, unanimidad, para sostener su ineficacia como argumento principal para desestimar la demanda.

La cita se concentra en la consideración de la ilicitud del pacto estudiado en relación con la prohibición o límite de la unanimidad que establece la norma mencionada.

Puede reducirse el ámbito de la norma que sirve de referencia a la eventual ilicitud del pacto, art. 200 LSC, a su inclusión en los estatutos, que es lo que en rigor prohíbe la norma. Lo cual nos llevaría a considerar si un pacto parasocial, incluso asumido por la sociedad, permite eludir la propia configuración normativa de la sociedad en relación con un elemento tan relevante como es ejercicio del derecho de voto y la exigencia de unanimidad en la adopción de determinados acuerdos. Aspecto de la organización de la sociedad de carácter esencial,



que al imponer ese rígido quorum impide su normal desenvolvimiento en caso de una mínima discrepancia. Lo cual contradice un principio esencial de la sociedad, cual es la formación de la voluntad societaria, en los términos que hemos puesto de relieve al citar el art. 28, en relación con el art. 200, ambos LSC.

El art. 198 del RDL 1/2010, de 2 de julio, que aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, establece el régimen ordinario de mayorías en los siguientes términos:

" En la sociedad de responsabilidad limitada los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social. No se computarán los votos en blanco". Y en el art. 200.1 añade que:

" 1. Para todos o algunos asuntos determinados, los estatutos podrán exigir un porcentaje de votos favorables superior al establecido por la ley, sin llegar a la unanimidad.

2. Los estatutos podrán exigir, además de la proporción de votos legal o estatutaria mente establecida, el voto favorable de un determinado número de socios."

Del citado tenor legal resulta que el principio mayoritario y, en consecuencia, la prohibición de la unanimidad en la adopción de acuerdos por los órganos de la sociedad afecta al orden público societario.

La Ley, como se ha dicho, autoriza que en los estatutos se acuerde imponer para la adopción de acuerdos una mayoría reforzada, superior a la ordinaria del art. 198, o superior a la "mayoría legal reforzada" del art. 199, para acuerdos que expresamente señala.

Sin embargo, aunque la mayoría reforzada estatutaria pueda establecerse para todos los asuntos o para un tipo determinado de acuerdos, se debe considerar que la facultad de modificar las mayorías legales encuentra un límite en la prohibición expresa de un régimen incorporado a los estatutos que imponga la unanimidad en determinados acuerdos o decisiones de la sociedad o sus órganos. En otro caso, de admitirse el pacto de unanimidad, se vería afectado un punto básico en la estructura y funcionamiento de las sociedades de capital.

En el supuesto de autos la cláusula que establece la unanimidad en el ejercicio del derecho de voto de los socios infringe una prohibición legal, en cuanto aun en el ámbito de la autonomía de la voluntad, art. 28 LSC, afecta a un principio configurador de la sociedad de capital, e infringe una prohibición expresamente establecida en el art. 200.1 LSC y, por tanto, resulta dicha cláusula nula de pleno derecho, conforme a lo establecido en los arts. 6.3, 1255 y 1275 del Código Civil.

La jurisprudencia que cita la sentencia de primera instancia no resuelven expresamente acerca de la validez de un acuerdo parasocial que establece la necesidad de unanimidad para determinados acuerdos. En la S.TS. nº 300/22 se resuelve cuestiones distintas sobre la relatividad del contrato y su eficacia en relación con socios que no fueron parte.

Y la S.TS. nº 616/12, de 23 de octubre, en cuanto cita la sentencia de primera instancia, requiere una lectura más amplia de su texto, pues si bien señala que estos pactos, en lo referente a su validez "no están constreñidos por los límites que a los acuerdos sociales y a los estatutos imponen las reglas societarias - de ahí gran parte de su utilidad - sino a los límites previstos en el artículo 1255 del Código Civil...", también hace mención a que en ese caso se trata de un acuerdo relacionado con la "cesión de derechos políticos", por tanto distinto y no trasladable a lo que analizamos en el presente juicio. En esa sentencia se hace asimismo alusión a la licitud de una eventual concurrencia de todos los socios en la adopción de un acuerdo parasocial, pero esa referencia a la concurrencia del 100% de los socios lo es en la conclusión del acuerdo parasocial, no en relación con el contenido de ese acuerdo y menos que los sea sobre la exigencia de unanimidad respecto a futuros acuerdos en el seno de la sociedad, cual es el supuesto de autos.

Con todo ello podemos deducir que no encontramos Jurisprudencia que siquiera indirectamente permita considerar la licitud de un acuerdo parasocial que infrinja o eluda la prohibición del art. 200.1 LSC.

CUARTO.- Estimada la excepción reconvenional de nulidad del negocio en el que se funda la demanda, con la congruencia deducida de lo invocado en la contestación y reproducido ahora en el recurso, donde las demandadas insisten en la excepción de nulidad como motivo de oposición a la demanda, es procedente la desestimación, si bien con la precisión jurídica que resulta de los fundamentos expuestos, distintos a los expresados en la sentencia de primera instancia. Además, se impone la necesidad formal de trasladar al fallo la considerada nulidad del pacto parasocial que establece la unanimidad para la adopción de los referidos acuerdos en el seno de Aurtem.

Cabe añadir, que aun antepuesta la nulidad en los términos expuestos y por tanto resultando improcedente la ineficacia de los acuerdos societarios impugnados al no ser aplicable el criterio de la unanimidad que invoca



la demandante, tampoco cabría valorar en este proceso la eventual nulidad de los acuerdos sociales en los términos que se razona en la sentencia de primera instancia. Ello bajo la consideración de que en la misma no se aplica directamente el art. 204 LSC, sino que lo es como referencia para el análisis del efecto pleno del eventual incumplimiento de un pacto parasocial.

El efecto de la nulidad que pretende la demandante no puede considerarse desde el automatismo y la relación directa del incumplimiento del pacto y la ineficacia de los actos consecuentes, es decir, los acuerdos adoptados en la sociedad sin reunir la unanimidad. Ello bajo la consideración de otras circunstancias legales, estatutarias o derivadas del propio acuerdo parasocial que pueden interferir esa relación causal.

Así, las demandadas, en la contestación y ahora en el recurso, oponen también la existencia de un conflicto de intereses, art. 190 LSC, que impondría la necesaria abstención, con la consecuente reducción del cómputo de las mayorías, y la necesaria observancia de la buena fe, que con el específico contenido incorporado asimismo en el acuerdo, cláusula 4.2.3, determina en su conjunto el ejercicio del derecho de voto y adopción de acuerdos "en pro del interés común" sin que el socio puede "ejercitar sus derechos de voto buscando ... la obtención de una ventaja para uno de los socios o el ejercicio de derechos en términos más favorables y en perjuicio de otro/s socios.". En términos similares, cláusula 7.1, se impone la obligada gestión en la más estricta independencia e interés de la sociedad y la incompatibilidad de intereses propios de los socios o de cualquiera de sus afiliadas que sean contrarios o perjudiquen a la sociedad.

Sin entrara a valorar esas concretas alegaciones, en cuanto superaría nuestra competencia en los términos expresados, al afectar directamente a la impugnación de acuerdos sociales, sin embargo, sí sirven de referencia, en cuanto de apariencia de buen derecho pueda tener lo alegado por las demandadas, para concluir que realmente, aun en la tesis de la licitud y eficacia del acuerdo parasocial que hemos considerado nulo, no sería procedente por esa sola circunstancia declarar la nulidad de los acuerdos y su ineficacia.

QUINTO.- Por lo expuesto y razonado se desestima el recurso, si bien la consideración de unos argumentos jurídicos distintos a los que sirvieron de fundamento en la sentencia de primera instancia, aunque se alcance la misma conclusión desestimatoria de la demanda, es razón suficiente para no hacer especial declaración sobre las costas del recurso, conforme a lo establecido en los arts. 394 y 398 LEC, debiéndose mantener la condena en costas de la primera instancia.

Vistos los artículo citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por De Plágaro y Angulo, S.A.U. contra la **sentencia nº 372/22**, dictada en el procedimiento ordinario seguido bajo nº 558/22 ante el Juzgado de Primera Instancia Núm. Tres de Vitoria-Gasteiz, y en consecuencia **confirmamos** dicha sentencia, si bien añadimos y declaramos la nulidad de los pactos parasociales suscritos por las partes el 15 de enero de 2018 y su adenda de 22 de octubre de 2018, en cuanto imponen la necesidad de una mayoría del 100% del capital social en relación con determinados acuerdos en la sociedad Aurtem Energy, S.L.. Sin especial declaración sobre las costas de la apelación.

Dese el destino legal al depósito constituido para recurrir.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe recurso de **CASACIÓN** ante la Sala de lo Civil del TS. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LEC).

También podrán interponer recurso extraordinario por **INFRACCIÓN PROCESAL** ante la Sala de lo Civil del TS por alguno de los motivos previstos en la LEC. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LEC).

Si el recurso de casación se funda, exclusivamente o junto a otros motivos, en la infracción de las normas de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad Autónoma y el estatuto de Autonomía ha previsto esta atribución, corresponderá conocer a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (art.478.1. 2º LEC).

Para interponer los recursos será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la cuenta de depósitos y consignaciones que este tribunal tiene abierta en el BANCO SANTANDER con el número **0008- 0000- 01-0646-23**. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación,



y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** los recursos (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos./Ilmas. Sres./Sras. Magistrados/as que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, el Letrado de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CEJPO